

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE HUMANA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE LAUDATÓRIAS E INEFETIVIDADES: PARADOXOS DA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL E SUA AUTO-DESCRIÇÃO CRÍTICA NO BRASIL

FUNDAMENTAL RIGHTS, HUMAN DIGNITY AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION BETWEEN LAUDATORY DISCOURSES AND (IN)EFFECTIVENESS: THE PARADOXES OF THE CONSTITUTIONAL EXPERIENCE AND ITS CRITICAL SELF-DESCRIPTION IN BRAZIL

Diva Safe Coelho¹
Saulo de Oliveira Pinto Coelho¹
Ricardo Martins Spindola Diniz²

Recebido em: 03/12/ 2019

Aceito em: 13/03/2020

divajulia.safe@gmail.com

saulopintocoelho@yahoo.com.br

ricardo.ms.diniz@gmail.com

Resumo: Este artigo busca entender o efetivo papel dos direitos fundamentais e da dignidade humana na experiência constitucional brasileira, com a devida diferenciação entre os avanços no plano nomológico-discursivo e as (in)efetivas transformações no plano social. Dedicar-se especificamente ao papel do discurso constitucional brasileiro nesse estado-de-coisas. Com vistas à seleção e análise crítica da literatura jurídico-constitucional, trabalhou-se a testagem das seguintes hipóteses: (1) o discurso constitucional nacional tem no direito humano-fundamental à dignidade um núcleo estrutural, organizador do debate constitucional no país, a funcionar como de macro-direito ou macro-princípio constitucional; (2) existe disjunção acentuada entre o caráter nuclear que os direitos fundamentais de dignidade possuem no debate jurídico nacional e a sua inefetiva observância em uma plêiade de questões concretas; (3) o caráter nuclear que os direitos de dignidade assumiram ganhou força apenas discursivamente, paradoxalmente como maneira de responder, no plano do discurso e da *performance*, bem como do simulacro e do espetáculo, à situação brasileira de inefetividades. Como principais resultados, identificou-se três tendências de abordagem do tema: uma cética, uma apologético-laudatória e uma crítica reconstrutiva. Verificamos que a literatura constitucional de vanguarda identificada com essa última tendência, ainda que com olhares os mais diversos, desenvolveu um contraponto crítico em relação às leituras apologéticas ou laudatórias do papel da jurisdição constitucional na efetiva promoção dos direitos de dignidade.

Palavras-chave: Dignidade humana. Constitucionalismo. Jurisdição.

Abstract: This Article integrates a research Project dedicated to understanding the effective role of fundamental rights and human dignity (and the corresponding legal discourses on those rights) in the Brazilian constitutional order, carefully distinguishing between the advancements in the nomological and discursive dimensions vis-à-vis the (in)effective transformations in the social one. Here its object is specifically the contribution of the Brazilian constitutional discourse to this state of affairs. With a view to the selection and critical analysis of the Brazilian legal-constitutional scholarship, the research worked with three hypotheses. (1) the Brazilian constitutional discourse has the human-fundamental right to dignity as a structural center, organizing the constitutional debates in the country and working as a sort of all-encompassing constitutional right or principle (in some ways similar to what was developed by the German legal doctrine); (2) there is a sharp disjunction between the central character of the fundamental rights related to the idea of dignity in the national legal debate, on the one hand, and their (in)effective enforcement in a manifold of concrete Brazilian questions, on the other; (3) the possibility that this central character gained by the fundamental rights to dignity was unfolded only discursively, as a paradoxical response, in

¹ Universidade Federal de Goiás – UFG – Goiânia – Goiás – Brasil.

² Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – São Paulo – Brasil.

the discursive or performative dimension, but also as a simulacrum and spectacle, to the Brazilian situation. As its main results, we identified three trends of approaching the subject: a ceptical one, an apologetic-laudatory one, and a critical-reconstruticve one. We verified that the state of the art of the constitutional literature, which is identified with the third trend, by way of a manifold of perspectives, developed a critical counterpoint to the apologetic or laudatory readings of the role of the constitutional jurisdiction in the effective promotion of the rights to dignity.

Keywords: Human dignty. Constitucionalism. Jurisdiction. Brazil.

1. INTRODUÇÃO: o problema da constituição efabulada à constituição vivida, quanto à questão da autodescrição da experiência constitucional brasileira

1.1 - A Constituição brasileira de 1988 entre seu potencial e a busca jurisdicional por efetividade

A Constituição vigente no Brasi é considerada um divisor de águas para o Direito Constitucional Contemporâneo, e isso se dá pelos avanços potencialmente trazidos no texto Constitucional de 1988, notadamente no que se refere ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Segundo Fernandes (2010, p. 16):

É (sic) fato que a democracia hoje não se dá apenas pela possibilidade de escolha dos atores políticos, mas inclui ainda uma proteção constitucional que afirma: a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; da legalidade das ações estatais; um sistema de garantias jurídicas e processuais.

Quanto à construção constitucional dessas condições de possibilidade para uma democracia no contexto contemporâneo, Bonavides (2008, p. 368) afirma o seguinte sobre a experiência brasileira:

Em 1934, 1946 e 1988, em todas essas três Constituições domina o ânimo das constituintes uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem destinatário da norma constitucional. Mas o homem-pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo o modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX.

Ocorre que o texto de 1988 se diferencia dos de 1946 e 1934, porque é capaz de estruturar melhor (ao menos no texto) o projeto de um constitucionalismo social – mais além de um constitucionalismo econômico (BORGES, 2000) – e conciliá-lo, ao menos potencialmente, tanto com diversos instrumentos de democracia direta, representativa e participativa, quanto com diversos instrumentos de garantia multi-institucional dos direitos fundamentais.

Há leituras otimistas em relação às efetivas transformações que esse novo texto constitucional, agora trintenário, empreendeu na dogmática jurídica brasileira. Por exemplo, Barroso (2014, p. 37) fala no desenvolvimento de um novo direito constitucional, fundado no “desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, capaz de atender às novas demandas e percepções de uma sociedade plural e complexa”. Nessa toada estão as leituras que afirmam que, a partir de 1988, alcançou-se a força normativa da Constituição, e levantou-se a bandeira de construção da eficácia da

Constituição. Passou-se a considerar que as normas constitucionais se sobrepõem às demais normas jurídicas, sendo o texto constitucional dotado de uma superlegalidade. Com efeito, a linguagem principiológica por meio da qual uma Constituição democrática se exprime seria caracterizada por seu alcance mais aberto o que, conseqüentemente, aumentaria o poder de discricionariedade do interprete constitucional (residindo aqui a semente do ativismo na jurisdição constitucional que vivenciamos presentemente).

Sobre isso, Barroso (2014, p. 137) constrói o seguinte detalhamento analítico:

A Constituição é um processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade a avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o status quo; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real.

Essa passagem nos parece paradigmática, porque ela expressa, em parte, o paradoxo constitucional vivenciado atualmente na experiência brasileira.

Nas últimas duas décadas, consolidaram-se no pensamento constitucional brasileiro, princípios ou critérios de interpretação constitucional voltados a orientar o debate sobre o controle de constitucionalidade e a efetivação da Constituição. Tais princípios teriam, assim como as métricas de avaliação de razoabilidade e proporcionalidade desenvolvidas por autores como Robert Alexy, uma intenção de conter e controlar o protagonismo e a discricionariedade judicial, nesse mister. Porém, no caso brasileiro, o que se deu foi o contrário. Munidos de uma pan-princiologia constitucional e de uma pan-principiologia hermenêutica, os guardiães jurisdicionais da Constituição assumiram um papel ativista evidente.

O Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade tratar-se-ia, segundo Barroso (2014, p.168), de importante “instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público”, além de “funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”. O Princípio da efetividade ou Princípio da máxima efetividade ou eficiência, concederia uma atribuição de competência hermenêutica ao interprete constitucional, no sentido de buscar a maior eficácia possível, o que estimula, no nosso entendimento, um arrojo interpretativo. Podemos, apartando-nos de Barroso, considerar que a relação entre esses dois critérios hermenêuticos, somado ao critério da interpretação conforme a constituição, acabou por produzir (ou ajudar a produzir) uma espécie de salvo conduto hermenêutico na jurisdição constitucional brasileira.

A este respeito, em artigo sobre o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia constitucional no Brasil, Juliano Benvindo (2014, p.83) pondera que:

“É essa a grande questão – porque, afinal, querer se afirmar o detentor da “última palavra” não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida; caso contrário, perde em legitimidade. Ter a tão desejada “última palavra” é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a “última palavra” é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas”.

1.2 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no contexto constitucional brasileiro: discurso nomológico e choque de realidade

A atual Constituição brasileira estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces do Estado Democrático e da ordem constitucional

Outra afirmação muito comum sobre a história recente do constitucionalismo brasileiro é a de que houve um grande giro constitucional no Brasil, em relação ao foco da normatividade constitucional, que passou a ser voltado à promoção de direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana (ao menos no plano nomológico). Partindo dessa compreensão, notar-se-ia tanto um ganho em densidade nomológica e significacional do valor-princípio da dignidade na dogmática jurídica, quanto a centralidade que teria assumido na jurisdição constitucional.

Porém, a análise do real papel da ideia de dignidade e dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira deve ser empreendida com um viés crítico quanto à diferenciação entre discurso e práxis na experiência constitucional, bem como quanto a entender essa experiência em um sentido mais amplo e não a reduzir ao discurso legal e jurisdicional, mas às efetivas realidades constitucionais estabelecidas na vida social nacional, nas últimas três décadas. Analisar somente o plano nomológico não basta para desenvolvermos uma pesquisa séria e coerente com a realidade da tratativa da dignidade humana como direito no Brasil. Não é preciso maiores debates para que a comunidade jurídica e de cientistas do direito esteja minimamente de acordo com o fato de que, no Brasil, a diferença entre o direito abstratamente declarado (nossa bela Constituição de papel), o direito jurisdicionalmente estruturado (nossa Constituição dinâmica) e o direito vivido (nossa contraditória constitucionalidade efetivada), seja notória. Não se nega que a partir da CRFB/88 efetivaram-se avanços significativos na proteção de direitos na sociedade brasileira. Porém, as contradições, as absurdas desigualdades, as situações de ineficiência, incompetência ou descaso nas políticas públicas, bem como as situações de incapacidade do poder público em controlar satisfatoriamente abusos perpetrados pelo poder econômico, ainda são muitas e graves na ordem constitucional brasileira.

Assim sendo, essa pesquisa quer entender o real papel dos direitos fundamentais e da dignidade humana (e dos discursos jurídicos sobre tais direitos) na ordem constitucional brasileira,

com a devida diferenciação entre os avanços no plano nomológico e discursivo e as (in)efetivas transformações no plano social.

A questão é entender qual é a peculiaridade (e as razões dessa peculiaridade) da cultura constitucional brasileira na tratativa destes 'direitos de dignidade'. É compreender como operam as contradições e paradoxos que nos levam aos hiatos entre projeto, discurso e efetividade que vivenciamos na cultura constitucional. É entender os rumos e o papel que a jurisdição constitucional vem jogando nesse caminho de desencontro entre a constituição efabulada em 1988 (CUNHA, 2009, pp. 105-135) e a constituição vivida, trinta anos depois.

Preliminarmente, podemos hipoteticamente caracterizar o contexto constitucional brasileiro por uma intensificação do abismo entre o discurso constitucional e as práticas reais relativas ao respeito aos direitos de dignidade. Pese o já mencionado avanço do atual período constitucional brasileiro, basta uma olhada perfunctória nos relatórios e documentos referentes a situações tais como presídios no Brasil, insegurança pública e criminalidade (sobretudo nas áreas de menor poder econômico), criação e manutenção de bolsões de pobreza nas grandes cidades, baixíssimos índices de qualidade da educação básica fornecida nas escolas públicas (se comparado ao ranqueamento econômico brasileiro), dentre outras mazelas, para ser razoável reconhecer que o grande valor que o discurso jurídico brasileiro dá ao tema da dignidade parece ser até mesmo uma espécie de resposta performática à insuficiência dos avanços efetivamente alcançados. Procuraremos entender melhor e testar esta leitura, tratada aqui como base hipotética do presente trabalho.

Assim sendo, especificamente no caso brasileiro, trabalhamos com as hipóteses de que (1) o discurso constitucional nacional tem no direito humano-fundamental à dignidade um núcleo estrutural, organizador do debate constitucional no país, a funcionar como uma espécie de macro-direito ou macro-princípio constitucional (similar ao defendido por parte significativa da doutrina constitucional alemã). A essa hipótese se junta uma segunda, consequência do que expressamos acima: (2) existe uma disjunção acentuada entre o caráter nuclear que os direitos fundamentais associados à ideia de dignidade possuem no debate jurídico nacional e a sua (in)efetiva observância em uma plêiade de questões concretas brasileiras. Essa segunda colocação suscita uma terceira, qual seja, (3) a possibilidade de que o caráter nuclear que os direitos fundamentais de dignidade assumiram no discurso jurídico nacional ganhou força apenas discursivamente, paradoxalmente como maneira de reagir ou responder, no plano do discurso e da performance – bem como do simulacro e do espetáculo (COELHO; ASSIS, 2017) –, àquilo que, de acordo com a segunda hipótese, não se conseguiu até o momento concretizar na práxis institucional e social brasileira.³

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE NOS DIFERENTES OLHARES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

2.1. Os caminhos do pensamento constitucional brasileiro contemporâneo: uma constituição cidadã num país de desigualdades, entre a ode e a crítica da jurisdição constitucional

³ Destas três hipóteses, entendemos que o presente trabalho foi capaz de promover a testagem das duas primeiras; e quanto à terceira, na falta da possibilidade de aqui testá-la, entendemos que deve ser considerada como uma consequência provável da confirmação das duas primeiras hipóteses.

O que resulta do estado de coisas até aqui analisado acerca do contexto do debate sobre direitos fundamentais, dignidade e jurisdição no constitucionalismo brasileiro é, ao nosso ver, a intensificação de três linhas de abordagem díspares sobre o assunto no pensamento constitucional brasileiro.

Uma primeira, que trata de forma entusiástica a questão do direito à dignidade por vezes caindo na exaltação puramente abstrata do princípio (como que quase esquecendo-se que a mera positivação nomológica de um direito não resolve os problemas de um país). Uma segunda, reagindo contra a primeira e oferecendo uma crítica cética ao papel do direito à dignidade como um discurso que seria meramente encobridor dos problemas constitucionais nacionais.

Há, todavia, uma terceira tendência no pensamento constitucional quanto ao tema. Concordamos com Pinto Coelho (2015), quando afirma (tratando a questão em sede dos debates sobre direitos humanos em geral no país) que, apesar de menos disseminada (se comparada à primeira corrente) e menos barulhenta (se comparada à segunda), existe uma parcela dos juristas e jusfilósofos brasileiros que busca desenvolver uma leitura pautada numa abordagem crítico-superadora⁴ sobre o debate acerca dos direitos humanos e do direito à dignidade no país, reconhecendo que esse discurso pode funcionar tanto como fundamento de encobrimento discursivo e espetacular das situações de injustiça social, quanto como instrumento de luta e transformação de tais situações, cabendo ao constitucionalismo justamente a tarefa de garantir última possibilidade, por meio do permanente tensionamento entre discurso e práxis constitucional, realizando reflexivamente a crítica da aplicação da Constituição, com o fito de romper as trivializações laudatórias, muitas vezes impeditivas do real enfrentamento constitucional dos problemas da sociedade brasileira e, portanto, da real efetivação igualitária dos direitos fundamentais necessários à dignidade.

Na sequência apresentamos e analisamos qualitativamente as abordagens relativas ao tema da relação entre direitos fundamentais de dignidade, jurisdição constitucional e experiência constitucional brasileira, em alguns dos constitucionalistas de ponta do país, com foco nos que se poderiam encaixar na perspectiva superadora acima indicada.

2.2 – A crítica hermenêutica da jurisdição numa cultura constitucional de modernidade tardia, segundo Lenio Streck

Lenio Luiz Streck, sobre o tema aqui discutido, principia por avaliar a pertinência de uma Constituição Dirigente, diante do contexto brasileiro, por ele caracterizado como de uma modernidade tardia. Tal noção, isto é, de uma Constituição ainda Dirigente, se alinharia à uma visão substancialista crítica da ordem constitucional de 1988, em que sua interpretação e efetivação se voltaria para a concretização dos direitos sociais-fundamentais e do respeito à dignidade humana, tendo em vista a impossibilidade de uma Constituição voltada fundamentalmente à regulação do procedimentalismo democrático num país com tamanha desigualdade (cf. STRECK, 2007).

⁴ Superação aqui, entendido no sentido hegeliano de suprassunção. Crítica superadora, portanto, como negação dialética e não como negação cética ou abstrata.

Se na Europa, com autores como Canotilho, é possível falar no constitucionalismo social como uma proposta substancialista (dirigente) e no constitucionalismo pós-social, ou democrático, como uma proposta procedimentalista, no sentido habermasiano, tal sequência teórica não vale para uma teorização constitucional voltada a um país de modernidade tardia. Num país como o Brasil, esses dois momentos (o do constitucionalismo social e o do constitucionalismo pós-social) se fazem valer (como necessidades históricas) ao mesmo tempo. A realidade constitucional disjuntiva daí resultante só pode ganhar alguma estabilidade enquanto projeto se assumir a prioridade da dimensão substancialista.

Assim, para o autor a percepção sobre o Estado Democrático de Direito, está indistintamente relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais e os problemas e desafios daí advindos, numa perspectiva hermenêutica. A esse respeito Streck afirma que:

(...) o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário-valorativo-principiológico. (STRECK, 2003, p. 261)

Assim, o Estado Democrático de Direito possui características histórico-categoriais (carreadas pela tradição constitucional) que possibilitaram reparar, de certa forma, a construção dos pilares constitucionais na busca por efetivação dos direitos humano-fundamentais. A melhor forma de instrumentalização da ação do Estado passaria a ser o próprio texto constitucional. De igual modo, para Streck, a teoria da Constituição dever compreender um “núcleo básico”. Este núcleo, por sua vez, deve conter o histórico dos avanços civilizacionais inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito que possam corroborar para o alicerce do binômio democracia e direitos humanos. Streck (2003, p. 275) explica essa questão:

Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado. Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os

correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Nesse balanceamento entre uma Teoria geral da Constituição e uma Teoria da Constituição em países de modernidade tardia, os direitos sociais (encarados enquanto as promessas adiadas) possuem um importante peso. Neste norte, a dimensão substantiva do texto constitucional deve ser uma ferramenta indispensável para a efetivação concreta de um Estado Democrático Social de Direito. A esse respeito o autor acrescenta criticamente uma variável geopolítica ao debate:

Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno. (STRECK, 2003, p. 278)

A defesa do texto constitucional e da dignidade da pessoa humana nele insculpida se daria, para Streck, em certa medida, enquanto contraponto à globalização puramente econômica e aos ventos neoliberais que a acompanham, calcados em desregulamentações e desconstitucionalizações, assumindo o constitucionalismo contemporâneo, quanto ao tema econômico o papel de bastião da resistência ao neoliberalismo rumo à construção de um Estado Social, fundado nos direitos sociais-fundamentais e em políticas distributivistas. O papel ainda dirigente da Constituição em um país de modernidade tardia gera consequências jurisdicionais assim explicadas por STRECK (2003, p. 292):

Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da idéia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário. Para que se possa compreender o estado da arte desse problema em *terra brasiliis*, torna-se necessário superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais-fundamentais (déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto constitucional exurgente do pacto refundador de 1988.

A contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais-fundamentais com a materialidade do texto constitucional brasileiro dota o Direito de um caráter potencialmente transformador, segundo Streck, o que, por vezes, implica no deslocamento da esfera de tensão dos demais poderes em direção ao judiciário. Tal pressuposto parece estar no seio da posição teórica de Streck, para quem a judicialização da política e das relações sociais não é um problema em si (sendo um problema apenas quando o judiciário não consegue cumprir de forma constitucionalmente

adequada o seu papel), senão mesmo uma consequência em face do papel transformador assumido pelo Direito Constitucional na viragem iniciada em 1988. Esse protagonismo jurisdicional não deveria se confundir com o ativismo judicial propriamente dito, o qual o autor veementemente combate.

Dez anos depois dessas análises, Streck (2014, p. 85-86) avalia que no processo no qual se desenvolveu a Constituição de 1988, não se foi oportunizada as condições necessárias para desenvolvimento do sentido social da Constituição e seus desdobramentos fundamentais. Nas palavras dele:

O acontecer da Constituição não foi tornado visível porque, no prévio desvelamento – que é condição de possibilidade deste-tornar-visível impregnado pelo senso comum teórico – não foram criadas as condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do sentido da Constituição e de seus desdobramentos jurídico-políticos como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.

Para o autor, o texto da Constituição deveria ser vista “em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o plus normativo que é o Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 94). A negação disso denuncia a por ele apelidada de “baixa constitucionalidade”; uma das deficiências estruturais que impossibilitam a concretização do texto constitucional, consistente na reticência da dogmática e do judiciário em levar a Constituição de 1988 a sério, enquanto, paradoxalmente, adoram-na quase que religiosamente, como que a isolá-la da realidade, em sua sacralidade, em nosso entender⁵.

2.3 – O paradoxo discurso-práxis dos direitos humanos e sua importância na cultura constitucional brasileira, segundo Oliveira Faria

Em artigo de 1994, José Eduardo de Oliveira Faria procura contrastar discurso e realidade, analisando de que maneira os direitos humanos vão proclamados pelas autoridades latino-americanas, especialmente as brasileiras, e de que maneira isso se vê efetivado ou negado pela prática social, bem como quais os desafios vindouros em razão das mudanças econômicas e sociais a nível global. O autor (1994, p. 61) destaca que, vistos desde a América Latina, “os direitos humanos têm uma trajetória histórica paradoxal”, quanto mais são afirmados nas constituições e leis latino-americanas, e nos discursos institucionais, “mais eles se abrem interrogativamente em direção a um futuro sempre concebido como um problema e jamais como uma certeza”. Essa trajetória paradoxal estaria refletida claramente na questão do desenvolvimento sócio-econômico no Brasil (FARIA, 1994, p. 69):

⁵ De certa forma essa leitura pode ser corroborada pela arqueologia política de Giorgio Agambem. Em suas reflexões desconstruidoras dos arquétipos políticos, Agambem chama atenção para a curiosa atribuição de um caráter sagrado aos direitos humanos. O autor explicita a *arquê* aqui estabelecida como a ideia primeira de sagrado como justamente aquilo que deveria ser separado para o sacrifício aos Deuses. Assim, o sentido trivializado dos direitos humanos como algo sagrado esconde justamente a noção de que eles serão sacrificados sempre que os imperativos econômicos exigirem. (Cf. AGAMBEM, Giórgio. “Notas de aula do Curso Arqueologia de la Política”. Càtedra Ferrater Mora del Pensament Contenporani, Girona, 2014).

Do ponto de vista das disparidades sócio-econômicas, o Brasil, a maior nação do continente, configura um exemplo objetivo. Entre os anos 60 a 80, os 20% mais pobres tiveram sua participação na renda reduzida de 3,9% para 2,8%, enquanto os 10% mais ricos passaram de uma participação de 39,6% para 50,9%. Essa tendência acentuou-se a partir da década de 80: enquanto em 1960 os 50% mais pobres da população economicamente ativa detinham 16% da renda total, em 1980 esta participação declinou para 14,4%, e em 1983 para 12,4%, levando o país a encabeçar a listagem feita pelo Banco Mundial dos países com a mais alta taxa de concentração de renda, batendo o Nepal, Quênia, Panamá, Peru, Índia e México. O quadro é mais dramático quando examinado do ângulo da pobreza absoluta: em 1980, 60% das famílias tinham rendimentos mensais de até três salários-mínimos (US\$ 126) e 42% estavam na faixa de até meio salário-mínimo (US\$ 21); em 1984, quase 12 milhões de famílias, 37,6% do total, tinham rendimentos de até dois salários-mínimos (US\$ 84). A esses indicadores é preciso acrescentar a existência de 30 milhões de analfabetos adultos, 55 milhões de pessoas sem água encanada, 40 milhões sem luz elétrica, 86 milhões — quase três quartos da população — ingerindo diariamente bem menos do que as 2.240 calorias prescritas como dieta mínima pela Organização Mundial de Saúde, 70 milhões vitimados por verminose, 5 milhões sofrendo do mal de Chagas e de uma mortalidade de 92 crianças (antes de completarem um ano) entre cada mil. Quanto à distribuição das propriedades agrícolas, apenas vinte famílias e grupos empresariais controlam 20.291.412,4 hectares de terras agrícolas, enquanto 10 milhões de famílias de lavradores não dispõem de áreas próprias para seu sustento.

Esses indicadores socioeconômicos, na opinião do autor, colocam parte expressiva da população brasileira em espécie estado de natureza na modernidade, “sem leis garantidas em sua universalidade, ficando por isso mesmo à mercê das inúmeras formas de violência física ou moral”, onde expressões como “império da lei”, “segurança jurídica” ou mesmo “direito a ter direitos” não têm, por evidente, qualquer significado. Em suas palavras:

Para estes segmentos, afinal, qual é o significado do direito à propriedade se jamais terão condições de se tornarem proprietários? Do mesmo modo, qual o sentido do direito à livre iniciativa se não dispõem de terras para cultivar? O que representa o sentido do direito à inviolabilidade do lar para aqueles que, nas favelas, nos guetos e nas periferias, têm seus barracos, cortiços e casas invadidos pela polícia e para os que são presos sem ordem judicial? Qual o alcance do direito à livre expressão para quem não dispõe dos meios necessários para se expressar? (...) Como é possível que os “excluídos” respeitem as leis se muitos daqueles cuja responsabilidade é defendê-las muitas vezes as desrespeitam impunemente? Que credibilidade têm os códigos quando muitas de suas normas são editadas e reeditadas conforme interesses do poder econômico? Que validade têm textos constitucionais que concedem direitos impossíveis de serem reconhecidos ou concretizados? (FARIA, 1994, p. 70)

Nesta análise feita em 1994, tal abismo com a constitucionalidade prometida, para Eduardo Faria, se estendia tanto quanto aos portadores de direitos subjetivos públicos não efetivados (como sujeitos de direito titulares de garantias fundamentais declarados, mas não garantidos), quanto aos detentores de liberdades privadas estabelecidas pela ordem constitucional. Isto se daria pela falta de densificação constitucional, em razão de um misto de ausência de leis regulamentares, incisivas quanto à garantia igualitária desses direitos e de políticas públicas efetivas de proteção e garantida desses direitos. Esta situação, segundo o autor, fazia desses contingentes populacionais muito mais que necessitados e hipo-suficientes, verdadeiros súditos, sujeitos às eventuais dádivas do Estado.

Algumas transformações atenuadoras deste estado de coisas se efetivaram nos últimos vinte anos. Porém a análise crítica de Eduardo Faria ainda se faz pertinente em boa medida.

2.4 – Dignidade para além do mínimo existencial e a ameaça do “Estado de exceção econômico”, na ótica de Gilberto Bercovici

Em artigo sobre o tema da dignidade no constitucionalismo brasileiro, Gilberto Bercovici questiona o sentido da noção de mínimo existencial e de sua compatibilidade diante do modelo de Estado proposto pela Constituição de 1988, argumentando pela conexão entre dignidade da pessoa humana e a Constituição econômica no atual constitucionalismo brasileiro. Consequentemente, a seu ver, a proteção conferida à dignidade da pessoa humana pelo texto constitucional brasileiro é mais extensa do que aquela pressuposta pelo conceito de “mínimo existencial, tal como distorcidamente compreendido nas leituras liberais (ou neoliberais)” presentes no cenário constitucional brasileiro (BERCOVICI, 2007, p. 457-467).

Bercovici denuncia a perspectiva liberal e individualista da qual partem muitos autores brasileiros quando defendem o mínimo existencial, em razão da limitação ou atenuação da presença dos direitos econômicos e sociais, reduzindo a garantia mínima às condições de existência. Concomitantemente, esses autores, segundo Bercovici, recusam, por consequência, uma efetiva fundamentalidade aos direitos sociais, argumentando que, caso contrário, se estaria fadado à ingovernabilidade. Contudo, segundo o autor, a CRFB/88 não é liberal, por maiores exercícios hermenêuticos que aqueles de viés mais liberal façam. Por isso, Bercovici (2007, p. 461) lança dúvidas quanto a procedência do transplante do discurso sobre o “mínimo existencial”, para o atual modelo constitucional brasileiro, por se tratar de construção que acaba, contraditoriamente, enfraquecendo a exigibilidade dos direitos sociais.⁶

Para Bercovici (2007, p. 462), as relações entre dignidade humana e constituição econômica não podem se reduzir simplesmente à garantia do mínimo existencial. Pelo contrário, vão além e não se configuram ‘apenas’ na universalização dos direitos fundamentais (inclusive os direitos econômicos e sociais). “As relações entre dignidade humana e constituição econômica exigem também a realização da democracia econômica e social”:

Os detentores do poder econômico e do poder político vêm conseguindo bloquear a realização do programa emancipatório e transformador presente no texto de 1988, privilegiando a realização de políticas ortodoxas de ajuste fiscal e a inclusão, pela via da reforma constitucional, de dispositivos que servem para “blindar” a sua opção política, contrária às decisões fundamentais originais da constituinte, buscando evitar que possam ser alteradas por uma improvável reviravolta ideológica ou eleitoral. A “compensação” que se oferece é, pelo visto, a defesa das concepções liberais do mínimo existencial. (BERCOVICI, 2007, p. 463)

⁶ Para uma visão não de todo contraposta, propondo a construção de uma doutrina de mínimo existencial que não exclua os direitos sociais veja-se texto ao tema dedicado de Ingo Sarlet (2012, p. 801-914)

Bercovici destaca que o próprio texto constitucional mostra inequivocamente o modo como se vinculam dignidade humana e constituição econômica. Esta vinculação se dá através da democracia econômica e social. Portanto, não se pode limitá-la ao discurso do mínimo existencial que, na ótica do autor, é reducionista. Fazê-lo é, não só ir contra o texto constitucional, mas dar azo a um “estado de exceção econômico, em que se desconstitucionaliza o direito econômico em prol das forças econômicas globalizantes, com decisões sendo tomadas por órgãos técnicos e burocráticos alheios a qualquer tipo de soberania popular, senão mesmo a ela contrários, e à revelia dos direitos dos cidadãos, isto é, de sua dignidade. Em suas palavras, esse “Estado de exceção econômico” marca a transição da soberania para a governança, e da garantia da Constituição para a garantia do capitalismo. Os protagonistas dessa distorção constitucional são, na ótica do autor, “organismos nacionais e internacionais ‘neutros’ (bancos, agências governamentais, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc)”. A estrutura da governança, portanto se forma fora do controle democrático, excluindo as decisões econômicas do debate político. (BERCOVICI, 2014, p. 744-745).

A exclusão dos “excessos” democráticos também se faria presente por meio dos tribunais, em uma articulação de todo o aparato daqueles países periféricos que, sujeitos à ditadura econômica dos mercados, convivem hodiernamente com o “decisionismo de emergência”, voltados a “salvar os mercados”, ainda que às custas da “flexibilidade” dos direitos e do aumento da discricionariedade. Com isso, blinda-se o modelo de governança da interferência da soberania popular e se estabelece a razão de mercado como a nova razão de Estado (BERCOVICI, 2003, p. 145). Por conseguinte, a “necessidade de pensar a possibilidade de um Estado promotor do desenvolvimento e da inclusão social no Brasil, mesmo sob as condições desfavoráveis do estado de exceção econômico, é ainda mais fundamental”, a implicar na busca por um conceito distinto de dignidade, num viés crítico, assumidamente social e voltado à democratização da economia (BERCOVICI, 2004, p. 172-180).

2.5 – As dimensões de dignidade na ordem constitucional brasileira na abordagem conceitualista de Ingo Sarlet

Ingo Wolfgang Sarlet, possui vasta obra dedicada ao tema da dignidade no constitucionalismo contemporâneo. Em seu artigo intitulado “A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana”, busca por precisar a eficácia do conceito de “proibição de retrocesso”, vinculando-o à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, por ele identificado como aqueles indispensáveis à realização da dignidade da pessoa humana. Notadamente, sobre a proibição ao retrocesso no que se refere a direitos fundamentais, Sarlet (2006, p. 248) explica que:

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas. E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável

para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

Para Sarlet, entre um “Estado Social intervencionista” e um “Estado minimalista” o que deve prevalecer é um “Estado necessário”, sendo necessário justamente aquele Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida digna para cada ser humano que nele viva.

A dignidade, para Ingo Wolfgang Sarlet, é o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa” (2006, p. 249), exigindo, portanto, que a ela se outorgue em todas as suas manifestações e aplicações a máxima eficácia e efetividade possíveis. O caminho contrário, assevera, é o caminhar rumo a cada vez menos controlável e contornável transformação do Estado democrático de Direito em verdadeiro estado neocolonial, restando apenas à elite nacional (substituta da elite colonial) as condições realmente adequadas de vida, alcançadas através de seus recursos privados e privatizados (sustentados, por sua vez, em razão da convivência pública com suas práticas extrativas).

Sobre o conceito de dignidade humana de e suas dimensões, em um artigo que, há dez anos, alcançou considerável aceitação no debate jurídico brasileiro, Sarlet (2007, p. 376) fala em uma dúplice dimensão constitucional da dignidade:

Sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo — e principalmente — quando ausente a capacidade de autodeterminação. Assim, de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder — pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação — o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).

A dimensão protetiva, afirmativa, da dignidade da pessoa humana, exigiria mais que abstenções, e não interferência na autonomia, mas intervenção e promoção das condições de dignidade:

Para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade, razão pela qual imperiosa a sua concretização por meio de outros princípios e direitos fundamentais, de natureza negativa e positiva. (SARLET, 2007, p. 381)

Assim, a dignidade como autonomia se revela tanto na liberdade, quanto na proteção às situações de miserabilidade e exploração. De acordo com Sarlet (2007, p. 383), para a ordem jurídico-constitucional brasileira devemos entender a dignidade da pessoa humana como uma exigência de respeito ao ser humano em todas as relações sociais e de poder, implicando, nesse sentido, num complexo de direitos fundamentais asseguradores da pessoa contra todo ato de cunho degradante, bem como garantidores das “condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais”.

Sarlet situa a dignidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro como uma “matriz axiológica” e um “princípio estrutural”, que fundamenta, ou seja, dá razão-de-ser e sentido, a todos os demais princípios e direitos constitucionais orientando os contornos semânticos e conteúdos normativo de tais direitos.⁷ Isso “não implica em aceitação da tese de que “a dignidade é o único valor a cumprir tal função e nem a adesão ao pensamento de que todos os direitos fundamentais (...) encontram seu fundamento direto e exclusivo na dignidade da pessoa humana”. Não obstante não ser o princípio estruturador exclusivo da dogmática-hermenêutica dos direitos fundamentais, para Sarlet, trata-se do “princípio de maior hierarquia da nossa Constituição e de todas as demais ordens jurídicas que a reconheceram”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2008, p.9)

De certa maneira, há uma hiper potencialização do papel constitucional do princípio da dignidade, na leitura que faz Ingo Sarlet. A leitura de Sarlet não é laudatória e a-crítica, mas deu azo ao crescimento dessa postura, pois foi amplamente difundida no Brasil, porém a partir de interpretações apologéticas (Cf. COELHO, 2015) que de certa forma a vulgarizaram.

No contexto do debate constitucional brasileiro, os esforços conceituadores da dignidade como categoria jurídica tiveram grande repercussão na última década. Porém, as ideias desenvolvidas por autores como Sarlet (importantes esforços de centralização do debate constitucional na ideia de dignidade humana), foram recepcionados na dogmática e na literatura jurídica brasileira de forma em geral distorcida e manca, fundamentando discursos laudatórios que se esquecem inexplicavelmente das indicações e chamamentos à operacionalidade indicadas por tais autores. A perspectiva de Sarlet sobre a relação entre os direitos fundamentais de dignidade e o ordenamento constitucional, pese a ter sido amplamente festejada na primeira década do sec. XX entre os juristas nacionais, passou a ser manejada por juristas despreparados, no cotidiano dos fóruns e repartições; juristas que, em geral, não conseguem problematizar e aplicar adequadamente tais conceituações nas situações concretas, muitas vezes a utilizando como autorizativos para subjetivismos decisórios e ativismos moralistas.

⁷ Neste sentido, também Carmen Lúcia, ministra do Supremo Tribunal Federal, a dignidade pode ser considerada como princípio e fim do direito brasileiro. Neste sentido, a autora destaca que “O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades” (ROCHA, 2001, p. 51).

2.6 - A dignidade humana e sua influência na construção da cidadania ética na cultura constitucional brasileira, segundo Eduardo Bittar

Eduardo Bittar procura rebater as perspectivas céticas a respeito da dignidade da pessoa humana, destacando sua importância, bem como mapeando sua influência, com vistas a aferir sua relevância para a construção da cidadania na pós-modernidade.

Para Bitar (2006, p. 140-141), o histórico do discurso da dignidade humana no contexto brasileiro tem seu início “a partir do texto da Constituição Federal de 1988, num período de redemocratização e, portanto, de crescente afinização da cultura do direito nacional à cultura do direito internacional dos direitos humanos”. Desde então, a ideia de dignidade passou a ser “critério para a determinação e avaliação da legitimidade da política, da justiça do direito, das decisões de relevância para a humanidade”. Em razão dessa centralização da ideia de dignidade, a CRRB/88 teria um grande potencial transformador, segundo o autor. E sua defesa seria condição de possibilidade para a construção de uma sociedade baseada em um sistema razoável de medidas e parâmetros de convivência (BITTAR, 2006, p. 142).

Para Bittar o texto constitucional é uma importante ferramenta para a construção da cultura de direitos humanos em uma sociedade plural como a brasileira. Não obstante, o autor rechaça os por ele denominados de céticos, que consideram a dignidade um conceito vazio dentro da cultura constitucional. Bittar procura contrastar os pontos positivos de sua plurivocidade, destacando seus usos enquanto: fundamento do Direito e do próprio Estado; norte das ações governamentais; telos das políticas sociais; princípio hermenêutico de todos os direitos humanos e demais direitos do texto constitucional; diretriz para a legislação infraconstitucional; base para a aplicação judicial de direitos; ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico; foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana; núcleo de sentido das práticas jurídicas; e fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana (cf. BITAR, 2006, p. 143-144). O autor pondera que a dignidade é uma “expressão de amplo alcance, que reúne em seu bojo todo o espectro dos direitos humanos [...], que se espalha por diversas dimensões dogmático-jurídicas (2006, p. 146).

Para Bitar (2006. P. 145-150), ademais, a dignidade como um princípio-vetor de amplo alcance, tem o condão de impactar sobre: relações de consumo; prestação de serviços essenciais pelo Estado; cumprimento de políticas públicas; atendimento de necessidades sociais; construção de justiça social. E funcionar como: alicerce das tomadas de decisão em política legislativa; base da ideia de moralidade administrativa e exigibilidade de conduta dos governantes; cerne das políticas econômicas e de distribuição de recursos; base para ações de desenvolvimento de políticas educacionais, urbanas e rurais, penitenciárias, etc.

Tal presença constante da dignidade em tão vastos temas afasta, segundo Bittar (2006, p. 151)., a acusação de ser a dignidade da pessoa humana uma expressão carente de sentido. Sua abertura, pelo contrário, seria um de seus pontos fortes, permitindo, com a experiência linguística e com os jogos de ação historicamente determinados, surgir a definição caso a caso do que são

atentados à dignidade humana. Assim seriam os homicídios, a miséria, a marginalidade, a dependência físico-psíquicas, a violência doméstica, a violência urbana, a discriminação, a corrupção estatal, o desvio de finalidade nas atividades públicas, as hipóteses geradoras de danos morais, a violação de imagem, dentre outros. Ao mesmo tempo, o autor ressalta que, na pós-modernidade, de dignidade da pessoa humana, precisa passar por um profundo senso de alteridade e de respeito às diferenças, portanto “por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrada-ocidental das culturas”, o que implicaria, para o autor, uma “relatividade das concepções de dignidade como forma mesmo de se realizarem valores com preocupações isomórficas” (BITTAR, 2006, p. 153-154).

O olhar de Bittar sobre o papel da dignidade é compreensível como reação às posturas que buscam ver no papel da dignidade como direito fundamental algo inócuo e gerador de maiores imprecisões e insegurança jurídica, na jurisdição constitucional. Porém, sua leitura exacerba um papel que, bem ou mal, por sua amplitude, é constantemente mal empregado pelos operadores do direito, acabando por ajudar a produzir a sorte de decisionismos e ativismos, em nome da defesa e proteção dos direitos fundamentais de dignidade, que nos acostumamos, infelizmente, a ver no Brasil na última década e meia.

2.7 João Maurício Adeodato, por uma concepção jurídica não jusnaturalista da dignidade humana na jurisdição constitucional brasileira

Identificando a origem do conceito de dignidade da pessoa humana na filosofia do direito natural, João Maurício Adeodato busca construir uma compreensão contraproposta, focando na compatibilização da ideia de dignidade com a defesa da democracia. O autor analisa de que modo a perspectiva jusnaturalista influencia retórico-conceitualmente a ideia de dignidade humana, com as consequências daí advindas para sua concretização.

Para Adeodato (2008, p. 214), segundo a tradição e a herança jusnaturalista do conceito, tem-se preocupante noção de que a dignidade humana seria um princípio externo e superior, válida por si mesma independentemente de quaisquer circunstâncias político-jurídicas. Essa tratativa é insuficiente diante dos desafios da hipernormatividade, em que a maior complexidade social gera uma sobrecarga de demandas ao Direito, quando princípios como o da dignidade da pessoa humana, deixam de ser evidentes, “pois as bases axiológicas comuns das sociedades mais simples dissolvem-se na complexificação social, em grupos sociais nos quais torna-se difícil encontrar consenso sobre problemas do cotidiano”.

Para se responder a esses desafios, pondera Adeodato (2008, p. 2016), é preciso se apegar “à relativa emancipação do Direito em relação à moral, à religião e a outras ordens normativas”. Especificamente no que diz respeito à dignidade humana, enquanto conceito retórico “cuja efetivação depende fundamentalmente de uma ideologia, de uma concepção de mundo”, Adeodato entende que essa base, se se quiser como categoria realmente operacionalizável no Direito atual, dificilmente poderia advir de outro lugar que não do “âmbito normativo da positivação do Direito”. Dessa perspectiva ético-positivista, em suas palavras, a construção de uma teoria jurídica dos direitos

fundamentais, em que a dignidade humana tenha papel central, se faria necessariamente como “uma positivação constitucional determinada, que considera os direitos materiais num contexto específico”.

A centralidade da dignidade humana deve ser fundamentada como uma determinação constitucional e não como uma inferência racional. Isso porque, em que pese a universalidade do tema, é preciso reconhecer que “o elenco de direitos materiais varia de época em época”. Somente assim, o princípio da dignidade da pessoa humana permaneceria em seu locus de “pólo central dos direitos fundamentais”, irradiando-se, na modernidade, como “uma especificação dos direitos fundamentais, que vai das diversas matérias com assento constitucional, até todos os níveis infraconstitucionais” (ADEODATO, 2008, p. 224).

Em nosso entendimento, essa análise de Adeodato permite lançar uma preocupação sobre a construção jurisdicional da dogmática dos direitos fundamentais de dignidade e seus modos de efetivação. A preocupação (constitucionalmente adequada) por não apartar direitos fundamentais, dignidade, e democracia, acabam por exigir que a concreção de sentido desses direitos na experiência jurídica e social se dê por meio de instrumentos regulatórios, que possam ser debatidos socialmente, de modo que as escolhas públicas sobre como e em que direção efetivar tais direitos sem de fato democráticas.

Dadas as contrapostas perspectivas de “ativismo judicial, decisionistas e judicialistas, constitucionalistas simbólicos e defensores do poder legislativo, neoconstitucionalistas guardiões de certa ‘força moral’ da Constituição, órfãos do direito alternativo, patriotas constitucionais, as mais diversas correntes, em suma” ou seja, em um horizonte de crescentes divergências hermenêuticas, Adeodato (2008, p. 222) propõe a ênfase no exame da “constitucionalização de procedimentos que objetivam propiciar um exercício efetivo da cidadania e observar o papel concretizador das instâncias decisórias e dos cidadãos em geral” (2008, p. 225).

Adeodato busca ressaltar o caráter conflitivo e necessariamente problemático dos direitos humanos, na linha do que Pinto Coelho denuncia como risco de se reduzir o discurso dos direitos humanos a uma simples apologia de uma panaceia de direitos que, no fim, se traduz em “uma perda de importância para tais direitos na realidade jurídico-política atual”. Negar essas dimensões que colocam em prioridade a questão da concretização, preterindo-as por essa ou aquela filiação teórica, ou por uma adoração escolástica do texto constitucional, seria dificultar a construção “de uma cultura democrática de direitos humanos, porque os apresenta em desconexão com a realidade social” (COELHO, 2015, p. 11).

Assim, o inter-relacionamento entre a ênfase defendida por Adeodato e sua preocupação para com a realidade se destrincha em três pressupostos, quais sejam: de que a dignidade da pessoa humana demanda igualdade jurídico-política entre todos; de que ela pressupõe a democracia, assumindo radicalmente tudo como discutível e mutável, com a permanente e necessária problematização de seu conceito; e de que exige uma ética da tolerância, no sentido de que “já que todos são juridicamente iguais, já que estão todos em um só espaço público e que não têm a mesma visão de mundo, é preciso ser tolerante com aqueles que pensam diferentemente” (ADEODATO, 2008, p. 225). Tal concepção, como já ressaltamos, coloca em xeque o papel central da jurisdição na efetivação de direitos fundamentais de dignidade humana e, em certa medida, de guardião da

constituição, notadamente a jurisdição concentrada num tribunal constitucional, que, ainda que fosse eleito, não traduziria a democracia em seus anseios contemporâneos.

2.8 Os déficits reflexivos do constitucionalismo brasileiro pós-1988 segundo Marcelo Neves

Para Marcelo Neves, partindo do pressuposto interpretativo de que a sociedade moderna emerge como sociedade mundial, avança-se em uma redução sociológica a distinção típico-ideal entre modernidade central e periférica com vistas a constituir e organizar os dados referentes ao caso brasileiro como um caso de constitucionalismo periférico. (Cf. 2018, p. 368-378) Essa constituição e organização são animadas pela compreensão de que a diferença entre centro e periferia seria marcada por uma assimetria tanto estrutural quanto semântica. Estrutural porque, ao contrário da modernidade central, “à hipercomplexidade social e à superação do ‘moralismo’ fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, costuram-se autonomamente no seu topos específico.” (2006: 238) Semântica porque também haveriam assimetrias na circulação das ideias jurídico-políticas na sociedade mundial ao menos no contexto colonial e pós-colonial latino-americanos, com a constatação de “centros predominantemente irradiadores e periferias primariamente receptadores ou apropriadoras de ideias liberais” que se apresentariam não necessariamente como “ideias fora de lugar”, mas como “ideias em outro lugar” que:

entrecortadas por semânticas locais condicionadas por estruturas da sociedade mundial no respectivo Estado, elas têm um sentido e desempenham funções tanto no âmbito das instituições jurídicas e políticas quanto das práticas sociais. Nesse particular, corporificadas no plano institucional da textualização constitucional e legal, as ideias liberais [e, posteriormente, as ideias sociais]⁸, já entrecruzadas por exigências políticas e jurídicas locais irrenunciáveis, exerciam uma função primariamente simbólica, em detrimento de sua força normativo-jurídica. (NEVES, 2015, p. 18)

Assim, ao se perguntar sistemicamente pela função da Constituição e dos direitos fundamentais no caso brasileiro, Neves propõe que se busque uma resposta levando em consideração essas duas assimetrias. Para tanto, como se deixa entrever na passagem acima destacada, parece crucial uma segunda distinção, entre função simbólica, de um lado, e força normativo-jurídica de outro. Uma e outra categorias são específicas, mobilizando pressupostos claramente delimitados pelo autor que não raras vezes são desconsiderados por críticos que argumentam que a função da Constituição seria necessariamente simbólica,⁹ tendo em mente outros significados de modo algum expressamente contínuos àqueles propostos por Neves e sem que se

⁸ Conforme discutido por Neves no posfácio acrescido à tradução da sua tese de doutorado. (Cf. NEVES, 2018, esp. p. 401-402)

⁹ A respeito do debate em torno da função simbólica da Constituição, com expressa referência e discussão da obra de Marcelo Neves, ver *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição* de Marcelo Cattoni (2017), bem como *Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica*, de David Gomes (2017).

assume o ônus argumentativo de demonstrar, ao contrapelo de seu texto, que uma tão continuidade seria incontornável à revelia do autor.

Segundo Neves, é evidente que o texto constitucional cumpre outras funções sociais que não sua função jurídica. Em suas palavras, “o direito positivo também precisa do emprego de elementos simbólicos para cumprir suas funções de garantia de expectativas e controle de comportamento.” Contudo, ao falar em uma “Constituição simbólica”, atribui-se “à palavra ‘simbólico’ um sentido bem específico”, referindo-se então “a uma hipertrofia, a saber, ao emprego simbólico da legislação em contradição com a função específica do sistema jurídico de orientar expectativas normativas e controlar comportamentos.” (NEVES, 2018, p. 83) Essa hipertrofia teria o efeito de se transmitir “um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas” ao mesmo tempo em que se diminui a transparência desse fato, produzindo ilusões e enganos “que imunizam o sistema político contra outras alternativas”, em que tanto os problemas e relações sociais permanecem inalterados, embora a Constituição exigisse uma sua normatização por outras formas, quanto possíveis caminhos para a mudança social são afastadas preliminarmente. (NEVES, 2018, p. 85-86) Nesses contextos, portanto, a Constituição assume “em primeira linha” uma função político-ideológica, servindo à imunização do sistema político e não “à normatização jurídica do comportamento político”, não cabendo então falar aqui em efetividade justamente porque sua função não o permitiria, (NEVES, 2018, p. 86) função que exigiria, pelo contrário, que a Constituição permanecesse indiferenciada e, assim sendo, constantemente reinventada a cada “bater das ondas” das operações políticas.¹⁰

É só quando a Constituição exerce primeiramente sua função jurídica que se pode falar em efetividade e, por conseguinte, da questão concernente à concretização da norma constitucional, ao que Neves reserva a expressão “força normativo-jurídica”, bem como uma sua variação extremamente corrente no discurso constitucional brasileiro, “força normativa da Constituição”. Neves admite expressamente que através dessa fórmula reelaborada sistêmico-teoricamente, se daria conta reflexivamente da diferença em que se teria, de um lado, o “direito constitucional vigente como complexo de expectativas normativas de comportamento filtradas pela atividade constituinte e pela concretização constitucional” e, de outro, a “realidade constitucional como totalidade das expectativas e comportamentos que, mediante outros códigos sistêmicos específicos ou determinações do ‘mundo da vida,’ referem-se ao direito constitucional (ambiente da Constituição).” Consequentemente, “quanto mais cresce a complexidade social, mais fortes se tornam as divergências entre as expectativas referentes ao texto constitucional, e tanto mais o seu significado se altera mediante a interpretação e a aplicação.” (NEVES, 2018, p. 82-83)

Em suma, quando se fala de uma constitucionalização simbólica quer-se muito precisamente indicar que a função da Constituição é outra que aquela adquirida pela sua diferenciação que a estabelece como uma instância reflexiva. Nesses contextos, o esquema da força normativa da Constituição não só aparece como inadequado como contribuiria para a reprodução da imunização do sistema político e esvaziamento de quaisquer perspectivas de mudança social. Todavia, das

¹⁰ A expressão “bater das ondas” é usada por Luhmann para explicar o papel do sistema político em verificar para além dos eventos políticos as condições de diferenciação geral da ordem social. (Cf. LUHMANN, 1974, p. 20)

circunstâncias de promulgação da Constituição Federal de 1988, em que as estruturas sociais no Brasil a direcionariam necessariamente a assumir primordialmente a referida função simbólica, ao seu desenvolvimento nesses 30 anos, Marcelo Neves identifica a emergência e desenrolar de três déficits reflexivos à já inflexiva e indiferenciada Constituição brasileira.

O primeiro deles se apresentaria no “neoconstitucionalismo”, com sua superestimação do “uso dos princípios como panaceia para a concretização constitucional”, bem como do papel do judiciário, contribuindo de maneira definitiva para “a inserção do Judiciário na política partidária e à judicialização simbólica em prejuízo da concretização jurídica da Constituição.” (2018, p. 409-410) O segundo, na noção de “Constituição dirigente”, que seria, no fundo, “uma impossibilidade epistemológica”. Sendo a sociedade mais complexa do que a Constituição, pressupor a completa identificação da sociedade no texto constitucional é destruir “a distância da realidade” necessária à Constituição para “poder exercer sua função normativa”, na mesma medida em que, decorrentemente dessa ideia, se exige do Judiciário a atuação “como vanguarda da domesticação constitucional da realidade”, encobrando o espaço político e deslocando os juízes e tribunais ao “centro da política”. (2018, p. 410) O terceiro e último se revelaria nas entrelinhas do esquema do “presidencialismo de coalização”, em que o presidencialismo brasileiro se revelou “de base ‘arcana’, atuando em grande parte de maneira extra institucional, inclusive com marcas de funcionamento de acordo com práticas ‘extorsivas’.” (2018, p. 411) Neves amarra essas três instâncias sugerindo um processo de transição da constitucionalização simbólica à “degradação constitucional”, em que a “discrepância entre a norma e a realidade” deixaria de estar associada “à fórmula ‘a ficção tornando-se realidade e a realidade ficção’”, transformando-se “em manifesto desrespeito à Constituição e ao direito”, com o prevalecimento do cinismo das elites e o aprofundamento da apatia do público. (2018, p. 414)

Na construção desse argumento se percebe uma certa semelhança à condenação que Luhmann fez aos juristas, quando da escrita da sua obra *Os Direitos Fundamentais como Instituição*. Os esquemas consolidados durante os 30 anos do constitucionalismo pós-1988 não se atentaram à realidade assimétrica da modernidade periférica, pressupondo uma Constituição como uma função que não era aquela efetivamente desempenhada e, no seu impulso por refletir sobre ela, desenvolveram compreensões que ao invés de contribuir para a transformação desse estado de coisas, contribuíram para sua intensificação. Em outras palavras, ao invés de informarem e configurarem práticas estruturadas com vistas a estabelecer e manter a diferenciação da Constituição das constelações políticas, de modo a tornar possível a semântica da força normativa da Constituição, bem como e especificamente dos direitos fundamentais, que tem sua função justamente no reconhecimento e manutenção da complexidade da sociedade, (Cf. NEVES, 2018; LUHMANN, 1974) a dogmática constitucional teria contribuído para o aumento da já hipertrófica função simbólica da Constituição Federal de 1988.

3. CRÍTICAS, PARADOXOS E DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM TEMAS COMO A DIGNIDADE HUMANA.

É uma constante com raras exceções, em meio aos mais diversos autores brasileiros, de formações e filiações intelectuais as mais distintas, a referência aos “inimigos” da dignidade da pessoa humana, da Constituição de 1988, e do Estado Democrático de Direito, sejam eles apelidados de céticos, ou de neoliberais, ou de positivistas, etc. Ainda que esses inimigos existam, sua denúncia em abstrato faz pouco mais do que permitir, em meio à estrutura argumentativa de cada texto, a manutenção pretensamente legítima de um nível também abstrato de discussão. Como reação a esses inimigos abstratos, supostamente é necessário defender, por vezes apologeticamente, a Constituição. Mas defender a constituição não precisa significar defender, conjuntamente, o trabalho realizado pela jurisdição constitucional brasileira nos últimos trinta anos, tampouco o estado de coisas da dogmática constitucional brasileira, esta ecleticamente distribuída entre as mais diversas perspectivas e níveis, de texto ultra-rasos, pauteurizados, como diria Streck, a tendências meramente descritivistas do entendimento dos tribunais. Nesse contexto, as análises de ponta desenvolvidas em perspectiva crítico- propositiva ou crítico-reconstrutiva, como as compiladas criticamente no presente trabalho, e as auto-descrições mais realistas dos paradoxos e contradições do constitucionalismo brasileiro, acabam muitas vezes perdidas entre um mar formado por um misto pouco organizado de posturas céticas e apologéticas em relação aos direitos fundamentais e ao papel da constituição e da jurisdição constitucional.

É possível destacar dois efeitos desse estado de coisas. Primeiramente, utiliza-se de expressões como “máxima eficácia e efetividade possível” sem ter de sujar as mãos, ao ignorar que em situações de incerteza o juiz, o administrador, e o legislador dificilmente terão como adscrever a melhor resposta correta, problemática que, por restar ausente, impede ao pensamento de alcançar a realidade efetiva, e que, de certo modo, culmina em abstrações e absolutizações na própria prática judicial, com efeitos nefastos em termos de políticas públicas (Cf. FERRAZ, 2011). Segundo, hipostasiam-se realidade e texto, ao ponto de tornar de todo plausível a hipótese de que os graves problemas que assolam o Brasil têm explicação em tudo, menos no déficit teórico e dogmático de nossa cultura e jurisdição constitucionais, sobretudo em razão do nosso ecletismo teórico-constitucional, em razão do desnível teórico-constitucional abismal, fruto da enorme e eclética população de juristas do Brasil e do conseqüente baixo constrangimento hermenêutico (STRECK, 2017) que essa realidade produz, frente à torre de babel jurídica em que estamos mergulhados.

Um e outro efeitos, todavia, poder-se-iam considerar dois lados da mesma moeda. Confunde-se o Herácles trágico dos países em desenvolvimento com o Hércules imperial idealizado de Dworkin (cf. BAXI, 2003). Defende-se que a solução para todos os problemas do Brasil está na correta aplicação do texto constitucional. Porém, via de regra, não se realiza, com raras exceções, uma crítica aprofundada de nossa cultura constitucional (de onde o texto emergiu e onde ele está imerso), para se perguntar os motivos pelos quais essa cultura não dá conta de estabelecer parâmetros mais aceitáveis de correspondência da realidade social brasileira com as “promessas” constitucionais. Podemos dizer que há um clamor quase religioso e unívoco pelos direitos fundamentais lá declarados. Todavia, para usar da distinção proposta por Mark Tushnet (1999), tal parcela do texto constitucional é tão somente a parte “fina” da Constituição. Sem uma parte “grossa” (concernendo a divisão, competência, e procedimentalização dos poderes, regras orçamentárias, e assim por diante),

realmente comprometida com essa parte “fina”, dificilmente se pode falar de qualquer concretização dos direitos de dignidade humana¹¹.

Nas secretarias dos fóruns, nos escritórios burocráticos e na maioria dos cursos de graduação em Direito, a superficialidade na tratativa do tema da dignidade e dos direitos humanos e da auto-descrição do papel histórico da jurisdição constitucional brasileira costuma ser patente, pouco agregando à discussão subsequente, senão, quando muito, enquanto amostra de eruditismo, em que uma série sucessiva de autores é apresentada, sem qualquer contextualização, entre filósofos e juristas, de Canotilho a Alexy, de Arendt a Habermas, passando por Kant e Honneth. E assim por diante, com a realidade passando a largo. De fato, a discussão filosófica a respeito do tema da dignidade como um componente central do direito contemporâneo só faz sentido se temos os ouvidos nela, mas os olhos voltados para a transformação real do estado de coisas nos países de modernidade tardia e, de certa forma, também naqueles tidos por desenvolvidos.

O tema da dignidade como elemento central do constitucionalismo acabou de fato assumindo um papel protagonista no ordenamento jurídico brasileiro. Embora, como já afirmado anteriormente, a dificuldade da falta de conceituação precisa do termo pode gerar, por vezes, em uma questão judicializada, a remissão à dignidade da pessoa humana como fundamentação por ambas as partes da demanda, ou seja, os dois lados da demanda judicial, que, portanto, pleiteiam coisas contrárias, utilizam da dignidade para fundamentar seus pedidos dentro do procedimento judicial. Não é raro no Brasil a alegação de que princípios como a dignidade poderiam fundamentar quase qualquer pleito judicial (MAGALHÃES, 2011, pp. 31-48). O risco disso é que, por vezes, pode funcionar, assim, muito mais como uma abertura para ativismos judiciais e introdução no ato jurisdicional de valorações pessoais e morais, travestidos de uma proteção da dignidade.

Com efeito, assim como ocorre com outros direitos fundamentais básicos, a estruturação fundamental do princípio da dignidade humana dentro do ordenamento jurídico nacional traz consigo um núcleo conceitual elástico para que a análise sob o viés da dignidade seja compatível com a efetivação dos direitos humano-fundamentais nos diversos casos em concreto, característica sumamente importante, sob pena de limitá-lo e os tornar ineficazes frente à complexidade social (COELHO; PEDRA, 2013). Porém, esta elasticidade conceitual pode ser instrumentalizada abertura

¹¹ Assim, é de todo exemplar, no nosso entender, a bem-intencionada porém malsinada metáfora proposta por Ingo Wolfgang Scarlet (2006, p. 249). Nos dizeres do autor, a dignidade seria o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana. Daí se segue que tal coração deva ser protegido “com todo o zelo e carinho”, “de toda sorte de moléstias e agressões”, “evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas”, e que, quando forem inadiáveis, que sejam com o escopo de viabilizá-lo para que “efetivamente esteja e/ou venha a estar a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade”. Em que pese a boa intensão da metáfora (redigida por um dos maiores expertos do tema no Brasil, e em uma revista jurídica de grande circulação nacional) e a busca de, por meio dela, explicitar o caráter estrutural do direito à dignidade e a natureza excepcionalíssima da possibilidade de se relativizar o atendimento a aspectos desse direito, somente quando aspectos ainda mais relevantes do ponto de vista da sustentabilidade da dignidade estejam em jogo, a metáfora nos parece, ainda assim, inadequada. Isto porque, seguindo a metáfora, na maioria das vezes, os conflitos trágicos que chegam ao judiciário, ou que se amontoam nas filas de espera das repartições da Administração Pública, envolvendo as condições de vida digna do cidadão comum, costumam não permitir raciocínios e escolhas assertivas, como entre “fazer ou não uma cirurgia nesse coração”, mas implicam geralmente em decidir sobre qual coração, dentre vários, tratar.

para decidir muito mais ideologicamente ou subjetivamente do que com base na tradição constitucional (COELHO; PEDRA, 2013, p. 173-192).

Para Wilson Borges (1993, p. 159), o que deveria ocorrer quando estamos diante de um caso em concreto, que esteja alicerçado sob o princípio da dignidade da pessoa humana o mesmo deveria ser utilizado para tornar melhor discrimináveis as possibilidades de decidibilidade do caso e as condições de fundamentação da solução dada ao mesmo. A nosso ver, há casos em que ambas as partes se valem da dignidade humana para fundamentar suas pretensões de exigibilidade sem que uma ou outra esteja se valendo da dignidade enquanto “artimanha argumentativa”. Há, por vezes, uma certa tragicidade inerente aos “casos da vida” que chegam ao direito, no sentido de – como interpreta Paul Ricouer em seu *O si-mesmo como outro* (1991) – alternativas incompatíveis e inconciliáveis, em que decidir implicará consequências infelizes em todo e qualquer cenário. Como coloca Johan van der Walt (2001, p. 710-728), ao refletir sobre a postura da Corte Constitucional da África do Sul a respeito do direito à saúde (mas que também ocorre com frequência na jurisdição constitucional brasileira), há casos em que a decisão sempre envolverá um “sacrifício”¹².

Neste sentido, é importante a nuance destacada por Upendra Baxi (2016), ao contrapor o juiz Hércules dos países ricos, ao juiz Héracles nos países em desenvolvimento, o qual, diferentemente de sua contraparte (acostumada aos feitos heroicos num contexto desenvolvido), se vê constantemente diante de casos trágicos e humanamente – e não apenas sistematicamente – difíceis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível, a partir destas análises, confirmar a percepção preliminar de que a dignidade aparece como conceito-forte da linguagem constitucional brasileira atual; derivando-se disso caminhos de análise que polarizam tendências ora performático-laudatórias, ora crítico-céticas na produção intelectual constitucionalista; ao que se soma a correlata percepção de discrepâncias entre positivação jurídica em abstrato de direitos relacionados à dignidade e baixa efetivação prática de tais direitos nas experiências concretas. No caso brasileiro, cabe compreender as razões específicas e operativas desses hiatos de efetividade, enfocando-se, mais que o discurso constitucional abstrato, o ser-aí da experiência constitucional, condição indispensável para a tarefa de ‘levar a sério’ os direitos fundamentais de dignidade humana como núcleo da experiência constitucional

Faz parte do ‘levar a sério’ dos direitos fundamentais a tarefa de identificar as contradições da linguagem e da práxis constitucional de promoção de direitos e de transformar, por meio da crítica, o

¹² Um bom exemplo a comprovar o que queremos dizer está na casuística em torno do direito da saúde. Mesmo se tratando de uma pessoa pobre, custear o tratamento altamente especializado, caro e ainda em fase de testes implicará em um desfalque orçamentário significativo da política pública à saúde como um todo. Ambos os lados da balança podem se valer da dignidade. São milhares os casos judiciais no Brasil a esse respeito e dezenas os trabalhos científicos que os analisa. Não obstante nestes casos atender à dignidade de um será, provavelmente, correlato a desatender às necessidades relativas à dignidade de outros – com a diferença de que estes outros não estão no processo em julgamento, portanto são anônimos e potencialmente inexpressivos, já que ali não se expressam, para o julgador, o que revela um grave desafio à jurisdição constitucional em sentido amplo.

status quo de tais cotidianos constitucionais em direção à realização efetiva dos direitos, para além da espetacularização e das meramente aparentes realizações, contidas tanto no discurso institucional, quanto na linguagem midiática da propaganda governamental e institucional.

No caso brasileiro, deve-se acrescentar a tensional tarefa de reduzir o atraso no processo de modernização (e correlatos atrasos socioeconômicos), em razão de sua posição inicial periférica no contexto do mundo europeizado. Marca a formação constitucional brasileira a idiossincrasia histórica dos modelos constitucionalistas de inspiração europeia, no seu aparecer sincopado por aqui. Isso se dá com a consequente ocorrência de paradoxais configurações constitucionais, tais como a figura de uma primeira experiência próxima a um Estado social, porém autoritário e de baixa força normativa da Constituição, como nas décadas de 30 e 40 do séc. XX. Desse modo, a cultura constitucional brasileira se construiu em uma sequência de experiências constitucionais incompletas, ou altamente desconstruídas no que tange ao discurso constitucional oficial, altamente pródigo em declarações de direitos e altamente aceito e festejado pela comunidade jurídica, mas contraditoriamente coexistindo com um contexto de experiências político-jurídicas de falência das políticas públicas de promoção de direitos, e de desrespeito cotidiano da vida humana.

É nesse estado de coisas que eclode, em 1988, após a derrocada de uma Ditadura Militar, posta abaixo por movimentos considerados, no imaginário brasileiro, como amplamente democráticos e participativos, uma nova ordem constitucional, que teve o condão de ser considerada como um processo tanto de redemocratização do país, como de retomada, no plano constitucional, de um projeto de Estado Social e Democrático de Direito. Assim, a Constituição de 1988 ganhou no Brasil o simpático título de “Constituição Cidadã”, e, bem ou mal, impulsionou, como símbolo linguístico-normativo motriz, transformações consideráveis (ainda que insuficientes) na cultura e na experiência constitucionais brasileiras. Não obstante os avanços impulsionados pela Constituição Cidadã (e a consolidação da linguagem dos direitos humanos-fundamentais e da dignidade humana como o núcleo estruturador do debate constitucional no país), as contradições entre o caráter pródigo das declarações de direitos e os déficits gritantes de efetivação dos mesmos continuam persistentes no Brasil.

A testagem dessa hipótese, por meio do estudo de uma amostragem de textos representativos da produção intelectual em Direito Constitucional no país, com foco na relação entre jurisdição constitucional, dignidade e direitos fundamentais na experiência brasileira, confirmou, em nosso entender, de forma sintomática, o estado de coisas acima descrito. Por razões de economia textual, apresentamos o presente artigo aquelas abordagens mais críticas e de vanguarda sobre a temática. A partir do olhar crítico contido nas abordagens aqui estudadas (auto-descritivas da experiência constitucional brasileira frente a direitos fundamentais e direitos de dignidade), pode-se, com esses autores, considerar que que boa parte da população de juristas no Brasil vive em uma espécie de transe dogmático ou epistêmico, um mundo em que é possível cegar os olhos para a realidade concreta, tendo em vista a realidade muito mais bela e justa da “Constituição Cidadã” e do trabalho exemplar de sua guarda, pela jurisdição constitucional.

O país possui a curiosa situação de ter a maior população de profissionais do direito do planeta, com uma formação acadêmica altamente eclética, variando desde compreensões similares

ao legalismo exegético oitocentista, à uma elite crítico-reflexiva sobre o fenômeno constitucional equiparável às melhores do mundo, quanto ao nível de debate e crítica acadêmica. Nesse estado de coisas, e em um ambiente de hiper (des)informação acadêmica, fruto da midiáticação excessiva dos meios de aprendizado, o debate acadêmico de qualidade em Direito Constitucional, se não é uma gota, é apenas um balde, em um lago de mediocridade e de pensamento jurídico ‘pasteurizado’.

É assim que a amostra de textos, relativa às leituras que podemos agrupar abordagens pautadas num constitucionalismo crítico, desenvolvem análises que buscam denunciar e entender as razões da inefetividade dos direitos fundamentais no Brasil, pese a termos ‘a melhor Constituição do mundo’, segundo muitos.

Da crítica dos textos identificados como as posturas apologéticas frende aos direitos fundamentais de dignidade, inferimos que o caráter nuclear da dignidade parece ser reforçado na cultura constitucional brasileira justamente como maneira de reagir ou responder, no plano do discurso e da performance, àquilo que não se conseguiu até o momento concretizar na práxis institucional e social nacional. Vimos, por outro lado, que vai de encontro a essa prática interessante posturas críticas e reativas a essa perspectiva laudatória, focadas na tentativa denunciar e analisar as contradições entre o discurso nomológico imperante a realidade prática e cotidiana de baixa densidade constitucional.

A partir de tudo que foi possível analisar no presente trabalho, constata-se que, pese aos louváveis esforços de construir um constitucionalismo consistente e uma jurisdição constitucional forte e atuante, trinta anos depois, o país ainda possui graves problemas no plano da efetivação das “promessas” constitucionais de garantia e promoção de direitos. Ao refletirmos criticamente sobre as razões dos hiatos entre declaração e efetivação de direitos em nosso contexto, compõem a explicação fatores como modernização tardia, complexidade social, desigualdade social estrutural, contradições provocadas por usos meramente utilitaristas, poéticos ou midiáticos dos discursos de direitos civis e sociais, dentre outros.

O constitucionalismo e a jurisdição constitucional brasileira se encontram numa encruzilhada: devem se posicionar entre apenas reforçar as práticas excludentes e extrativas que dominaram a modernidade nacional, com o discurso dos direitos civis e sociais devidamente funcionando apenas como estabilizadores do sistema-mundo de exploração (e por isso contidos por meio, ou de imperativos econômicos, ou de formalismos jurídicos); ou, por meio do levar a sério a bandeira do desenvolvimento humano como forma de capilarização inclusiva das condições materiais e sociopolíticas de vida digna, promover transformações consistentes em suas próprias experiências, para que as “promessas constitucionais” da modernidade, pese a tardar, de fato se façam chegar. Ocorre que mesmo quando se caminha em direção a essa segunda postura, no Brasil, como vismo, a busca por efetivar a constituição muitas vezes se confunde com um salvo conduto para toda sorte de ativismos judiciais, muitos deles tão graves para a ordem constitucional democrática quanto as demais mazelas já indicadas nesse artigo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Tolerância e conceito de dignidade na pessoa humana no positivismo ético. *Revista Mestrado em Direito*, v. 8, n. 2, p. 213-228, 2008.

AGAMBEM, Giorgio. "Notas de aula do Curso Arqueologia da Política". Càtedra Ferrater Mora del Pensament Contemporani, Girona, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Os Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Revista de direito do Estado*, n. 10, 2008.

BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. In: *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BAXI, Upendra. The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]justice. In: *Fifty Years of the Supreme Court of India: Its Grasp and Reach*. VERMA, S. K.; KUMAR, Kusum. (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2003.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 51, n. 201, jan./mar., p. 71-95, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, p. 737-754, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, p. 457-467, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. 172 f. [Tese de Livre Docência]. Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. Ética, Cidadania e Constituição: O Direito à Dignidade e à Condição Humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 8, p. 125-155, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores: São Paulo, 22ª edição, 2008.

BORGES, Wilson Hilário. *Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Ícone, 1993.

WALMOTT BORGES, A.. A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios. Curitiba: Jurua, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Contribuições para uma teoria crítica da Constituição. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ASSIS, Alline N. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 115, p. 541-584, 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do jushumanismo ao jushumanismo crítico. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, nº 2, p. 01-18, 2015.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Reconhecimento, experiência e historicidade: considerações para uma compreensão dos direitos humano-fundamentais como (in)variáveis principiológicas do direito nas sociedades democráticas contemporâneas. In: *Filosofia do Direito*. FARIAS; SOBREIRA FILHO; OLIVEIRA JR. (coords.) Filosofia do Direito. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discursos e Ideologias: a plurivocidade semântica dos direitos humanos, a necessidade de crítica democrática permanente e o permanente risco de reviravolta autoritária. In: *Direitos Fundamentais e Democracia: sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Edinilson Donizete Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). 1ed. Florianópolis: FUNJAB, p. 173-192, v. I, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição Efabulada. In: *Geografia Constitucional: sistemas juspolíticos e globalização*. Lisboa: Quid Juris, p. 105-135. 2009.

DEBORD, Gui. A Sociedade do Espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 1997.

FARIA, José Eduardo. O Brasil Pós-Constituinte. São Paulo: Graal, 1989.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

FARIA, José Eduardo. Os Direitos Humanos e o dilema latino-americano às vésperas do século XXI. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 38, p. 61-78, 1994.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

GOMES, David. Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFMS*, v. 12, n. 2, p. 442-471, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas* Aragão, Alexandre; Marques Neto, Floriano (org.). Belo Horizonte: Forum, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlim: Bunker & Humblot, 1974.

MAYOS, Gonçal. Prólogo. In: *Cultura, Historia y Estado: pensadores em clave macrofilosófica*. MAYOS; GARCÍA; COELHO. (eds.) Barcelona: La Busca, 2013.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O Paradoxo dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 52, p. 31-48, 2011.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Trad. de Antônio Luz Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, p. 5-29, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. Campinas: Editora Papirus, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. V.2, nº 2, p 49-67, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana. *Direitos fundamentais e a proibição de retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 57, p. 237-249, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09, p. 361-386, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: *A Dignidade da Vida e os Direitos Fundamentais para além dos Humanos: uma discussão necessária*. MOLINARO, Carlos Alberto [et al]. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

STRECK, Lenio. Constrangimento Epistemológico. In: Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017, p. 41-44.

STRECK, Lenio. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. Sequência, nº 69, p. 83-108, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos, v. 8, nº 2, p. 257-301, 2003.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. The John Marshall Law Review, v. 37, p. 523-553, 2004.

WALT, Johan van der. Law as sacrifice. In: Journal for South African Law, v. 4, p. 710-728, 2001.